Vom Verkauf einer fremden Sache.

Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Arnold Brecht

Referendar aus Lübeck

ACAD. MEDICINE BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske.

1906.

Meinen Eltern zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

§ 1. **Der Verkauf einer fremden Sache in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung** . 1
I. Gültigkeit oder Nichtigkeit? 1
1. Röm. Recht — Kanonisten. 2. Code civil. 3. ALR.
II. Entwicklung im gemeinen Recht. Eviktionslehre . . . 4
III. Stellung des BGB. 6

Zweites Kapitel.

§ 2. **Ergebnisse für den Verkauf einer fremden Sache aus dem Kaufrecht des BGB.** 8
I. Allgemeines (§ 440 I.) 8
II. Besonderes: nach Übergabe der Sache (§ 440 II) . . . 10
III. Besonderes: bei Kenntnis des Käufers (§ 439) 12

Drittes Kapitel.

Allgemeine Ergebnisse aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. . . . 14

§ 3. A. Einführung und Einteilung 14
§ 4. B. Ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit: Unterscheidungsmerkmal 15
I. Theoretisch-logische Ableitung 15
1. Stand der Ansichten. 2. Gegenüberstellung einer „Wahrscheinlichkeitstheorie".
II. Rechtfertigung aus dem Gesetze 20
1. u. 2. Die üblichen Definitionen. 3. Die Definition der Wahrscheinl.-Theorie. 4. Der „nachträgliche Umstand" im Sinne von § 275 f. 5. Grund für die Nichtigkeit bei urspr. obj. Unmöglichkeit nach § 306.
III. Resultat für das Unvermögen 25
Besonderes: 1. Ziel der Prognose. 2. „Unvermögen" u. „fremde Sache".
§ 5. C. Praktische Bedeutung der Zweiteilung 27
I. Verschiedenartige Haftung bei ursprünglichem und nachfolgendem Unvermögen 27

Seite

II. Anwendung auf den Verkauf einer fremden Sache . . . 30
1. Fall: Freiwerden des Verkäufers. 2. Fall: Unbedingte Haftung, aber ev. Zulässigkeit der Anfechtung wegen Irrtums.

Viertes Kapitel.

Ergebnisse für besondere Fälle 33

§ 6. A. Geldmangel als Grund der Nichterfüllung 33

§ 7. B. Direkter Ankauf der fremden Sache durch den Vertragsgegner als Grund der Nichterfüllung 34
1. Allgemeines. 2. Im Verzuge.

Berücksichtigte Literatur.

Lehrbücher der Pandekten: Dernburg 6. Aufl. 1900; Windscheid-Kipp 8. Aufl. 1900.

Lehrbücher des BGB.: Cosack I 4. Aufl. 1903; Crome II 1902; Dernburg II, 1 3. Aufl. 1905, II, 2 1. u. 2. Aufl. 1901; Endemann I 8. Aufl. 1903; Enneccerus I 2. Aufl. 1901.

Kommentare zum BGB.: Neumann 4. Aufl. 1905; Planck 3. Aufl. 1904; Rehbein I 1899, II, 1 1903; v. Staudinger II 1901 und die Kommentare zum Recht der Schuldverhältnisse von Oertmann 1899 und Schollmeyer 1900.

Bechmann, Der Kauf. I 1876, II 1884.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Im Arch. ziv. Praxis. Bd. 91 S. 73—102 (1900).

Casper, Verkauf einer fremden Sache nach röm. u. gem. Recht. Berl. Diss. 1895.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach röm. und gem. Recht. Halle 1874.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Dogm. Jahrb. Bd. 4 S. 1 f. (1861).

Kempin, Emilie, Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache. Zür. Diss. 1887.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. Jena 1900.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. In Jher. Jahrb. Bd. 43 S. 105—140.

Kohler, Kauf einer fremden Sache. In seinen Ges.-Abhandl. aus dem gem. u. franz. Zivilrecht S. 224—295. Mannheim 1883.

Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. In Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 1—30.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung. Beiträge I 1853.

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I (Geschichte). Leipzig 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1. Aufl.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Schroeder, Unmöglichkeit und Ungewißheit. Rostock 1905.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung. Arch. ziv. Praxis Bd. 85 S. 118—122.

Wo Mißverständnisse nicht zu besorgen waren, sind die angegebenen Schriften nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. sind in der Ausgabe von Achilles, Gebhard und Spahn benutzt.

Erstes Kapitel.

Der Verkauf einer fremden Sache in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung.

§ 1.

I. Gültigkeit oder Nichtigkeit?

„Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio".

Mit dieser unantastbaren Deutlichkeit ist die Gültigkeit des Kaufvertrages über eine fremde Sache wiederholt in den römischen Quellen ausgesprochen.[1]) Wir finden sie darum auch in der Literatur des gemeinen Rechts de lege lata nur vereinzelt angefochten, und als die beiden großen Kodifikationen um die Wende des 18. Jahrhunderts, das preuß. allgemeine Landrecht und der Code civil, zu abweichender Rechtsgestaltung kamen, war es im vollen Bewußtsein des Widerspruchs gegen das römische Recht.

1. Eine Strömung, den römischen Grundsatz auszumerzen oder doch einzuschränken ist allerdings in frühe Zeit zurückverfolgbar. Leitend war zunächst der Gesichtspunkt: bei dem Verkauf einer fremden Sache ohne Zustimmung des Eigentümers müsse regelmäßig eine Unredlichkeit gegen diesen[2]) im Spiele sein, die durch das Gesetz nicht sanktioniert werden dürfe. Zum Schutze des Eigentümers wollte man darum

---

[1]) vgl. außer der zitierten l. 28 D. 18,1 (Ulpian) z. B. l. 137 § 5 D. 45,1; l. 15 § 3 i. f. D. 41,3.

[2]) Liegt eine Unredlichkeit gegen den Käufer vor, so wird sie gerade durch das teneatur venditor bestraft.

solchen Verträgen in großem Umfange ihre verbindliche Kraft genommen wissen.

Die Kanonisten als Träger der Lehre (die später von der naturrechtlichen Schule aufgenommen wurde) suchten und fanden ihren Stützpunkt in den römischen Quellen selbst. Sie beriefen sich auf die Nichtigkeit der Kaufverträge über res furtivae und res extra commercium[3]), und erklärten extensiv alle Verträge über fremde Sachen für nichtig, wenn auch nur der Käufer das erfüllungshindernde Eigentum des Dritten kannte.[4])

Dieses Resultat ging zwar inhaltlich über die Entscheidungen des römisch-gemeinen Rechts noch nicht hinaus. Es bedeutete trotzdem einen großen Schritt, weil es die Nichtigkeit des Verkaufs einer fremden Sache als das regelmäßige erscheinen ließ, und das Entstehen einer gültigen Verpflichtung (bei Gutgläubigkeit des Käufers) zur Ausnahme herabdrückte. Auch war das römische Recht zu seinem entsprechenden Ergebnis auf gänzlich anderm Wege gelangt.

Nach den Quellenstellen des Ulpian und Paulus dient die Gültigkeit des Verkaufs fremder Sache nämlich unzweifelhaft im Endzweck dem Schutze des Käufers,[5]) und in Verbindung mit der kurzfristigen Ersitzungsmöglichkeit des römischen Rechts gerade als Ausgleich gegen die rechtliche Macht des Eigentümers, die nicht wie heute durch gutgläubigen Erwerb gebrochen wurde. Dem Käufer sollte — dies ist noch heute leitender Gedanke[6]) — die seiner Erkenntnis schwer zugängliche Tatsache, daß der andere vielleicht gar nicht die Verfügungsmacht über den verkauften Gegenstand besitzt, gegebenen Falls so wenig wie möglich Nachteil bringen. Daraus ergab sich auch eine Ausnahme zur Entlastung des Verkäufers immer dann, wenn der Käufer beim Vertragschluß wußte, daß es sich um eine fremde Sache

---

[3]) l. 34 § 3 D. 18,1, resp. § 1 eod.; dazu § 3 i. f. I. 2,6. Wenn noch Emilie Kempin (S. 55) die für diese Fälle gegebenen Vorschriften unbedenklich auf jeden Verk. e. fr. S. zur Anwenduug bringen will, so hat sie diese Anwendung doch selbst richtig auf die Frage nach dem Einfluß der Gutgläubigkeit eingeschränkt.

[4]) Literatur und Quellen bei Rabel, über die Kanonisten S. 268—270.

[5]) So auch Bechmann II. S. 110 unter IV, der die Gültigkeit des Verk. e. fr. S. im übrigen für „etwa die auffallendste Erscheinung im römischen Kaufrecht" erklärt und an anderer Stelle sogar leugnet (S. 77).

[6]) s. unten S. 28u.

handelte,[7]) also ein Bedürfnis zu seinem Schutze nicht vorlag. In den Quellen anfangs nur für res furtivae und res extra commercium feststehend, wurde dieser Satz allmählich auf jeden Verkauf einer fremden Sache ausgedehnt.[8])

So ergibt der Anschluß an die Quellen zweifellos Gültigkeit als die begründete Regel und Nichteintritt einer Verpflichtung des Verkäufers als die durch den Grund der Regel von selbst geforderte Ausnahme.

2. Den Ausschlag für die berühmte gesetzliche Anerkennung und Erweiterung der kanonistischen Ideen im art. 1599 des code civil gab die das gemeine Recht so wenig wie das Bürgerliche Gesetzbuch berührende Bestimmung des französischen Gesetzes, wonach der Übergang des Eigentums beim Kauf sich regelmäßig mit dem Abschluß des Vertrages vollzieht.[9]) Die schroffe Aufstellung des Satzes „la vente d'une chose d'autrui est nulle" hat indessen die Unzulänglichkeit der so zugespitzten antirömischen Lehre deutlich erwiesen. Die französische Wissenschaft hat sich durch geschickte Auslegung gegen die gröbsten Konsequenzen einer solchen Nichtigkeitserklärung zu retten gewußt und die Bedeutung des art. 1599 derart eingeschränkt, daß sich etwa dasselbe Resultat wie aus den Bestimmungen des allgemeinen Landrechts ergibt.

Es wird nämlich in weitestem Maße die Auslegung des Vertrages über eine fremde Sache als über Dienstleistungen gestattet, d. h. über Bemühungen um Bewirkung der Leistung eines Dritten. Ferner wird seine Anwendung für Gattungssachen vollständig ausgeschlossen.[10])

3. Nach ALR I., Tit. 11 § 139 soll ein ausdrücklicher Vertrag über eine fremde Sache als Vertrag ausgelegt werden, „wodurch die Handlung eines Dritten versprochen wird".

---

[7]) wie nach § 439 BGB.

[8]) vgl. l. 27 C. 8,45.

[9]) C. c. art. 1583. Über den art. 1599 vgl. Kohler S. 261 ff.; Rabel S. 279 ff.; auch Motive zum BGB. II. S. 181 mit nicht motivierter Einschränkung des französischen Satzes auf unbewegliche Sachen.

[10]) vgl. z. B. Kohler S. 267, der den französischen Satz mit solchen gesetzlich festzulegenden Einschränkungen auf S. 293 auch für das deutsche Gesetzbuch vorschlug.

Durch einen solchen Vertrag wird nach Tit. 5 § 40 und 45 der Versprechende nur verpflichtet, seine Bemühungen aufzuwenden. Für den Erfolg seiner Bemühungen haftet er nur, wenn dies die Auslegung des Vertrages ergibt.

Ist die Parteiabsicht mit den genannten Auslegungen nicht vereinbar, so hat der Vertrag nach Tit. 5 § 47 keine rechtlichen Wirkungen.[11])

II. Entwicklung im gemeinen Recht. Eviktionslehre.

Während sich so, in ihren Anfängen selbst auf römischen Sätzen fußend, von der gemeinrechtlichen Entwicklung allmählich eine Lehre gesondert hatte, deren Obersatz im schärfsten Gegensatz zum römischen Rechte stand, blieb das gemeine Recht selbst ohne ernstliche Bedenken dem überkommenen Grundsatz treu. Der Verkauf einer fremden Sache war gültig.

Aber über diesem Grundsatz erhob sich das komplizierte Gebäude der römischen Rechtsmängellehre, und über die Konsequenzen der venditio rei alienae, über Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer herrschte bekanntlich in Haupt- und Nebenfragen der heftigste Streit. Dieser wurde besonders entfacht, als Ecks Schrift „die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums" 1874 den endgültigen Anstoß zum Fallenlassen der strengen Eviktionslehre gegeben hatte, die Rabel, die modernen Anschauungen treffend, als das „versteinerte Ergebnis einer im raschen Flusse begriffenen jäh abgebrochenen Entwicklung" bezeichnet (S. 286).

Im römischen Recht galt ohne Zweifel als das natürliche, d. h. das wirtschaftliche Ziel des Kaufvertrages so gut wie heute der Erwerb des Eigentums.[12]) Aber die primäre Leistungspflicht des Verkäufers, deren Erfüllung der Käufer ohne weiteres verlangen konnte, ging nach römischem Recht ebenso unzweifelhaft nur auf Übergabe und Ver-

---

[11]) Rabel weist S. 276 nach, daß sich diese Nichtigkeitserklärung eigentlich auf alle nicht ausdrücklichen Verträge über fremde Sachen erstrecken müßte, gibt aber zu, daß in Theorie und Praxis diese Konsequenz allgemein nicht gezogen ist.

[12]) vgl. Bechmann I S. 546; Eck S. 2 und S. 25 ff.

schaffung des Rechtsgenusses, nicht auf Verschaffung des Rechtes selber.[13])

Diese primäre Verpflichtung des Verkäufers wurde nun von den Anhängern Ecks, insbesondere von Windscheid und Bechmann[14]) in Erkenntnis der Rechtsentwicklung soweit ausgedehnt, als es sich irgend mit dem Eviktionssystem vertrug, dessen Grundlehren ohne direkten Widerspruch zu den Quellen nun einmal nicht zu beseitigen waren.[15]) Vor allem sollte die Übergabe der verkauften Sache stets so erfolgen, daß, wenn der Verkäufer Eigentum hatte, sie geeignet war, dieses Eigentum auf den Käufer zu übertragen.

Nach wie vor aber konnte sich im gemeinen Recht der Käufer, wenn der Erfolg der Eigentumsübertragung tatsächlich nicht erreicht war, wegen seines Rechtsmangels an den Vertragsgegner erst halten, wenn ihm die Sache von dem Dritten auf Grund dieses Rechtsmangels entzogen war.[16]) Dann trat die sekundäre Verpflichtung des

[13]) Nicht richtig erscheint allerdings, wenn noch in der letzten gemeinrechtlichen Monographie über den Verkauf e. fr. S. Casper (Berl. Diss. 1895) darauf hinweist, die Römer hätten aus diesem Grunde einen Vertrag, der ausdrücklich auf Eigentumsverschaffung gegen Geldzahlung ging, gar nicht als Kauf angesehen; vgl. Windscheid S. 608 Anm. 3.

Die Stelle des Celsus, l. 16 D. 12,4, auf die Casper sich beruft, (S. 29), hat je nach der Tendenz ihres Interpreten zu den entgegengesetzten Behauptungen den Beweis liefern müssen. So haben umgekehrt Anhänger Ecks (vgl. z. B. Rabel S. 128) darin einen Beweis für die Neigung der Römer gefunden, die Verpflichtungen des Verkäufers auf Eigentumsverschaffung auszudehnen.

Wenn die Stelle für die Entwicklung der Lehre überhaupt etwas beweist, so zeigt sie, daß man dem Käufer zu Hilfe kommen wollte, und deshalb die Auslegung eines Vertrages, in dem die Eigentumsverschaffung (z. B. durch die Worte „dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares") ausdrücklich bedungen war, als Innominatkontrakt zuließ. Wenn dare versprochen war, sollte auch dare verlangt werden können (dare = Eigentumverschaffen; vgl. § 14 I. 4,6).

Die Entscheidung des Celsus erscheint wie eine Erinnerung an die ursprünglichste Form des Kaufes, den Naturalkauf, dessen Ähnlichkeit mit einem Realkontrakt (do ut des) auf der Hand liegt.

[14]) vgl. Windscheid II S. 610 Anm. 8b; Bechmann I S. 547 II S. 77—81.

[15]) Schon so waren spitzfindige Unterscheidungen zur Auseinandersetzung mit den Quellen nötig; vgl. Anm. 3 bei Windscheid S. 608.

[16]) Hier waren die Hauptstreitfragen, 1. ob immer gerichtliche Abstreitung der Sache durch den Dritten und 2. ob im Fall des Prozesses Streitverkündung an

Verkäufers wegen der Eviktion ein, abzuleiten aus der, seit Eck in ihrer primären Eigenschaft stark betonten Verpflichtung zum praestare rem habere licere. Der Verkäufer haftete also dem Käufer für den Fall der Entwehrung, und zwar quanti eius interest hominem venditoris fuisse (l. 8 D. 21, 2).[17])

III. Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die oben kurz entwickelten Schwierigkeiten und Streitfragen, denen das Thema vom Verkauf einer fremden Sache bisher seine wissenschaftliche Bedeutung verdankte, sind mit dem neuen deutschen Rechte größtenteils beseitigt. Denn im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der (von Kohler empfohlene[18]) Satz des C. c. art. 1599 nicht aufgenommen, ist andrerseits die primäre Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung endgültig festgelegt.[19])

Treten dadurch die rein kaufrechtlichen Schwierigkeiten gegen das gem. Recht zurück, so ist doch im Bürgerlichen Gesetzbuch gerade durch die Anerkennung der „Eigentumsverschaffungspflicht" im Zusammenhang mit der Unmöglichkeitslehre des Gesetzes der Grund zu einer Reihe neuer Streitfragen gelegt, die in der Literatur über die Lehre vom Unvermögen schon lebhafte und fördernde Erörterung gefunden haben.

---

den Verkäufer Voraussetzung des Regreßanspruchs war; vgl. Windscheid S. 628 u. 629 Anm. 9 gegen Dernburg Pandekten II S. 270, 1b u. S. 271 Anm. 14.

[17]) Hier war der Zeitpunkt der Schadensbeurteilung streitig.

[18]) vgl. oben Anm. [10]).

[19]) Anders der Entw. 1, der gegen die letzten Bestrebungen im gem. Recht sogar einen Rückschritt bedeutete, indem er wieder um jeden Preis Eviktion verlangte, ehe der Käufer gegen den Verkäufer vorgehen konnte. Es genügte also nicht, wie im gem. Recht zuletzt vielfach anerkannt, daß dem Käufer irgend ein Nachteil entstanden war. Vgl. Prot. I S. 662 über die Gründe zur endgültigen Aufgabe der alten Lehre. Auch das BGB. enthält in § 440 II für den Schadensersatzanspruch noch Anklänge an die alte Lehre aus praktischen Gesichtspunkten. Mit dem eigentl. Eviktionssystem hat dieser Paragraph aber nichts mehr gemein. Vgl. Cosack S. 419 § 125 III. Es bleibt dem Käufer insbesondere unbenommen, Erfüllung zu verlangen, zurückzutreten, oder die exceptio non adimpleti contractus geltend zu machen. Vgl. unten S. 10f.

Allerdings ist in ihren Grundzügen die Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches nichts weiter, als das Ergebnis der gemeinrechtlichen Entwicklung römischer Sätze. Aber die Lostrennung dieser Lehre von der Kasuistik und ihre Herausstellung in einen allgemeinen Teil des Obligationenrechts hat dem Gesetz die festlegende Definition einzelner Begriffe und verallgemeinernde Klarstellung des Einflusses abgenötigt, den das „Nichterfüllenkönnen" in seinen verschiedenen Erscheinungsformen auf die Obligation ausüben soll. — Immerhin scheint es auch hier durch den Wortlaut der Definitionen geglückt, der Wissenschaft den notwendigen Spielraum für interpretierende Vervollkommnung des Gesetzes zu lassen.

Die folgenden Blätter beschränken sich im wesentlichen auf die Untersuchung, ob und wann die (insbesondere subjektive) Unmöglichkeit der Leistung den Verkäufer einer fremden Sache von seiner Leistungspflicht befreit, wie streng seine Haftung in den andern Fällen ist, und welche Mittel ihm event. zu Gebote stehen, diese strenge Haftung zu mildern. Diese Fragen sind von gleicher Wichtigkeit für alle Rechte, die im Falle der Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen dem Käufer zustehen.[20]) Sie sind nicht rein aus kaufrechtlichen Bestimmungen zu beantworten, noch ausschließlich aus den Gesichtspunkten der Unmöglichkeitslehre, wie sich im folgenden ergeben wird.

---

[20]) Liegt „Nichterfüllenwollen" vor, ist es insbesondere dem Verkäufer nicht unmöglich, die Verfügungsmacht über den verkauften Gegenstand sich rechtzeitig zu erwerben, so kommen prozessuale Vorschriften zur Anwendung. Auf Schadensersatz kann der Käufer erst unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 325 II oder 326 klagen, anderseits sich auch der Schuldner nicht durch Anbieten des Schadensersatzes von seiner Leistungspflicht befreien. Das sind allgemeine Grundsätze. Schollmeyer (Einzelne Schuldverhältnisse) meint S. 11: Dem Käufer sei mit dieser Klage auf Eigentumsverschaffung und ihrer Vollstreckung nicht gedient, denn es drehe sich „um eine nicht fungible und auch gar nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängige Handlung". Das dürfte zu weit gehen: Wenn das verkaufte fremde Gemälde im Schaufenster des Eigentümers für 1000 Mk. verkäuflich aussteht, liegt m. E. kein Bedenken vor, nach den Vorschriften über fungible Handlungen zu verfahren; vgl. Gaup-Stein (5. Aufl. 1902), Kom. II Anm. I, 2 a zu § 888.

Zweites Kapitel.

Ergebnisse für den Verk. e. fr. S. aus dem Kaufrecht des BGB.

§ 2.

Wie im röm. Recht so ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Gültigkeit eines Kaufvertrages grundsätzlich von der rechtlichen Stellung des Verkäufers zum Kaufgegenstand nicht abhängig. Der Vertrag ist gültig, auch wenn der Verkäufer keine Aussicht hat jemals die Verfügungsmacht über die verkaufte Sache zu erlangen.

Dies ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht wie im corpus iuris positiv ausgesprochen[1]: Denn es ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz, daß selbst ursprüngliches Unvermögen die Gültigkeit eines Vertrages nicht berührt[2]: Ein Grundsatz, der sich seinerseits wieder auf die kasuistische Bestimmung des corpus iuris über die Gültigkeit der venditio rei alienae und verwandter Verträge stützt.

Zur Feststellung der rechtlichen Folgen eines solchen Kaufvertrages, wenn der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums nicht imstande ist, soll nun zunächst untersucht werden, wieweit besondere kaufrechtliche Sätze die Anwendung der allgemeinen Lehren von der Unmöglichkeit ausschließen.

I. Allgemeines (§ 440 I).

Nach § 433 hat der Verkäufer einer Sache dem Käufer diese zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Für den Fall der Nichterfüllung sind dem Käufer in § 440 die gewöhnlichen Rechte

---

[1]) vgl. dagegen im Entw. 1 § 348.

[2]) vgl. unten S. 29.

des Gläubigers aus einem gegenseitigen Vertrage zuerkannt, und damit ist allgemein auch auf die Unmöglichkeitslehre verwiesen. Demungeachtet nehmen einige Schriftsteller an: § 440 verweise zwar auf die allgemeinen Sätze, nach denen (bei Speziesschulden) zwischen verschuldeter und unverschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit ein Unterschied zu machen ist, indessen

> „. . . damit wäre schwerlich die Auffassung des Gesetzes getroffen, welches den Verkäufer unbedingt verpflichtet, für Mängel im Recht einzustehen, einerlei, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht".[3])

Wenn das richtig ist, so fällt für den Kaufvertrag bei Rechtsmängeln der letzte praktische Unterschied zwischen nachfolgendem und ursprünglichem Unvermögen[4]) fort, und damit die größte Schwierigkeit in der Beurteilung eines solchen Vertrags und seiner Folgen. Aber aus dem Gesetz ist die Auffassung Schollmeyers gar nicht zu rechtfertigen. Die Unbedingtheit der Haftung für Rechtsmängel ist weder durch den Wortlaut noch durch den Sinn der §§ 433—440 zum Ausdruck gekommen. Es wird stets nur von einer Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung und zur Verschaffung frei von Rechten gesprochen, niemals auch von einer Haftung für den Erfolg, oder einfach von einer „Haftung", die den doppelten Sinn der Verpflichtung und des unbedingten Einstehens für ihre Erfüllung haben könnte.[5]) Ist aber eine Verpflichtung ohne Regelung der Haftung bestimmt, so finden für diese die allgemeinen Vorschriften Anwendung, wie § 440 I nur bestätigt.

Es ist also bei dem Verkauf e. fr. S. wie immer zwischen ursprünglichem und nachfolgendem Unvermögen, und bei letzterem zwischen verschuldetem und unverschuldetem zu unterscheiden. Handelt es sich um eine Speziesleistung, und liegt nachfolgendes unverschuldetes Unvermögen vor, so ist der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit.[6])

---

[3]) Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 10 u.

[4]) Das der Schuldner immer zu vertreten hat; vgl. S. 28 ff.

[5]) vgl. Prot. I S. 655.

[6]) Gegen eine unbedingte Haftung hat sich schon die Mehrheit der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs ausgesprochen. Vgl. Prot. I S. 656 u. 665/666. Im Sinne Schollmeyers hat sich dagegen Titze geäußert (S. 264 ff.). Gegen die Verwendung des argumentum e contrario mit Bezug auf § 439 I lassen sich

II. Besonderes: nach Übergabe der Sache (§ 440 II).

1. Kann das Eigentum an einer verkauften Sache nicht mehr verschafft werden, so wird es sich damit in der Regel um vollständige Unmöglichkeit der aus dem Kaufvertrag geschuldeten Leistung handeln. Denn die Übertragung des bloßen Besitzes kann keinen quantitativen Teil in der einheitlichen Verpflichtung zur Verschaffung von Besitz und Eigentum bilden; sie ist also isoliert nicht imstande, auch nur teilweise Erfüllung zu bewirken, selbst wenn sie zum Zwecke der Erfüllung erfolgt ist.[7]) Daher sind die folgenden Ausführungen anwendbar, gleichgültig, ob der Verkäufer die fremde Sache dem Käufer übergeben kann, oder ob er auch dazu nicht imstande ist. Doch bestimmt der § 440 Abs. 2, falls die Übergabe wirklich erfolgt ist, dem Käufer zu den gewöhnlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches ein weiteres, lediglich aufschiebendes Hindernis seiner Geltendmachung: aus praktischen Gründen. Denn vor dem Eintritt eines der im § 440 II erwähnten Ereignisse[8]) würde die Berechnung der Schadenshöhe außerordentlich schwierig und unsicher sein.[9])

2. Damit aber ist auch der umstrittene Inhalt des § 440 II erschöpft. Er enthält insbesondere bei Nennung des Untergangs der Sache unter den „klärenden Momenten" nicht eine positive Bestimmung darüber, wer den Schaden für diesen physischen Verlust trägt. Für diese Frage kann auch § 446 (der die Gefahr dem Käufer auferlegt) keine Anwendung finden, wenn der Schuldner das Eigentum nicht verschaffen konnte. Dann lag nach dem oben Gesagten vollständiges Unvermögen zur Leistung vor, statt des Erfüllungsanspruches bestand also aus dem Kaufvertrag nur noch ein Anspruch wegen Nichterfüllung und auf diesen kann sich die Vorschrift des § 446 nicht mehr beziehen.

Anderseits wälzt aber, wie angedeutet, der § 440 II keineswegs umgekehrt die unbedingte Haftung für den Schaden aus dem Unter-

---

Titzes eigene Worte stellen (vgl. S. 250 eod.). siehe auch unten S. 12; über Titzes Auslegung des § 440 II vgl. unten S. 11, 4.

[7]) Ebensowenig wie etwa bei einer Verpflichtung, Eigentum nach § 929 zu übertragen, die Übergabe schon eine teilweise Erfüllung bedeutet.

[8]) Herausgabe an den Eigentümer, Rückgabe an den Verkäufer und Untergang der Sache.

[9]) vgl. auch Planck S. 343 Anm. 4c.

gang der Sache auf die Schultern des Verkäufers: Das Wort „nur" in diesem Satze des Paragraphen zeigt m. E. deutlich, daß er von einer Einschränkung der Rechte des Käufers gegen den im ersten Absatz enthaltenen Verweis auf die allgemeinen Bestimmungen handelt.

3. Also nur, wenn dem Käufer überhaupt wegen der Nichtverschaffung des Eigentum ein Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer zusteht, kann er solchen nach Untergang der Sache geltend machen. Ferner: er bekommt nur den Schaden ersetzt, der ihm wirklich aus der mangelnden Rechtsverschaffung entstanden ist, nicht etwa einfach den Wert der untergegangenen Sache.[10]) Er kann z. B. seinen Schaden einklagen, wenn er die Sache hatte weiterveräußern wollen, dies aber mit Rücksicht auf sein mangelndes Eigentum unterlassen hat. Ebenso haftet ihm der Verkäufer, wenn er (der Käufer) gegen den X, der den Untergang verschuldete, Ersatzansprüche nicht geltend machen kann, weil er nicht Eigentümer der untergegangenen Sache war.

Hat der Käufer aber aus der mangelnden Rechtsverschaffung keinen Schaden gehabt, so ist er nach Untergang der Sache auf Geltendmachung des Rücktrittsrechtes aus § 325 BGB. beschränkt. Er bekommt auf diese Weise immer noch den gezahlten Kaufpreis zurück, ohne selbst für die zufällig untergegangene Sache einstehen zu müssen (§ 350). Hat er allerdings den Untergang der Sache *verschuldet*, so ist auch sein Rücktritt ausgeschlossen (§ 351).

4. *Gegnerische Ansichten.* Aus der Bestimmung des § 440 II, daß der Käufer unter anderm vor Untergang der Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht verlangen könne, haben verschiedene Schriftsteller (e contrario) schließen wollen:

1. daß ihm also nach Untergang der Sache stets[11]) Schadensersatz zukäme,[12]) und

---

[10]) vgl. *Planck* II S. 344 Anm. 5 *e*γ; *Neumann* S. 335 Anm. 3 zu § 440.

[11]) Und zwar nach einigen nicht nur für den aus dem Rechtsmangel selbst, sondern auch für den ganzen aus dem *Untergang* ihm entstandenen Schaden; also der Wert der untergegangenen Sache. Hier soll es dann auch gleichgültig sein, ob der Käufer den Untergang selbst verschuldet hat, in welchem Fall andre den § 254 mildernd zur Anwendung bringen. *Titze* S. 45 Anm. 17; *Cosack* § 125 III, 2 zu e; v. *Staudinger* S. 186 Anm. 2 zu c.

[12]) s. *Titze* S. 264 f.

2. daß er dann immer Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, selbst bei kleinstem Mangel im Recht, verlangen könne.

Nach dem zweiten Satz wäre also der kleinste Mangel im Recht imstande, totale Unmöglichkeit zu begründen, so daß der Käufer „wegen einer, das erkaufte Haus belastenden, im Grundbuch eingetragenen Traufgerechtigkeit des Nachbarn von einem Kauf noch nach langen Jahren zurücktreten kann, während er einen Baufehler des Hauses ... nur binnen 12 Monaten nach der Übergabe rügen darf"![13])

III. Besonderes bei Kenntnis des Käufers (§ 439).

Von den kaufrechtlichen Vorschriften ist endlich für das vorliegende Thema von Bedeutung der § 439, dessen Abs. 1 lautet:

> Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt.

Im folgenden Absatz ist dann wieder im Sinne einer Ausnahme bestimmt, daß der Verkäufer pfandrechtliche Belastungen auch bei Kenntnis des Käufers „zu beseitigen hat".

1. Die Gegenüberstellung der Verben in den beiden Absätzen ergibt eine Ungenauigkeit des Ausdrucks. Denn der erste Absatz hat eigentlich an der grundsätzlichen Pflicht des Verkäufers zur Beseitigung aller Rechtsmängel nichts geändert, sondern ihm nur die gewöhnliche Haftung für Nichterfüllung dieser Verpflichtung genommen. Dadurch ist die Beseitigung zwar unerzwingbar geworden, aber wenn der Verkäufer sie trotzdem vornimmt, liegt (wie bei einer naturalis obligatio) keine unentgeltliche Verfügung vor, noch wäre ihm die condictio sine causa aus § 812 zu gewähren.[14])

---

[13]) Cosack 2. Aufl. S. 421 oben. Der Satz ist zwar in der 4. Aufl. S. 436 ausgelassen, aber ohne daß die voranstehende ihn erzwingende Ansicht geändert wäre. Wie Cosack auch Titze S. 46, der sich ausdrücklich gezwungen sieht, bei „geringfügigen Wegeservituten und Traufgerechtigkeiten" von der Konsequenz abzusehen.

[14]) Die Worte „haften", „zu vertreten haben" setzen positiv zwar regelmäßig eine Verpflichtung voraus, vermögen diese aber selber nicht auszudrücken; vgl. Prot. I S. 655; ferner RG. 53 S. 201, 202. Jedenfalls wird, negativ, mit der Befreiung von der Haftung nicht auch die eigentliche Verpflichtung hinfällig.

2. Im übrigen ist zu beachten, daß die Vorschrift des § 439 eine dispositive ist.[15]) Sie wird schon dann als ausgeschlossen anzusehen sein, wenn beide Parteien (es sei denn unter arglistiger Verschweigung) wußten, daß sie ihren Vertrag über eine fremde Sache abschlossen.

Beispiel: Mein Buchhändler, der weiß, daß ich eine seltene Goetheausgabe zu kaufen suche, erhält auf seine Annonce in den Fachblättern das gewünschte Angebot und schickt mir nun seinerseits einen Bücherzettel, auf dem er die gesuchte Ausgabe zum Kauf anbietet. Lieferzeit 8 Tage. Aus den Umständen entnehme ich den mir im übrigen gleichgültigen Sachverhalt, weiß also im Sinne des § 439, daß er nicht Eigentümer ist.

Aus diesem Beispiel erhellt zugleich, daß es keineswegs richtig ist, hier den Parteiwillen gleich in die positiven Formen eines Garantieversprechens auszulegen. Im Gegenteil wird in den meisten Fällen eine Milderung der gewöhnlichen Haftung des Verkäufers angenommen werden können, falls er das Eigentum doch nicht zu verschaffen in der Lage ist.

Aber ehe hierauf näher eingegangen werden kann, muß zunächst die gewöhnliche Haftung des Verkäufers einer fremden Sache festgestellt werden.[16])

---

[15]) vgl. Planck II S. 340 Anm. 1b; Titze S. 267 Anm. 20. Die Kommission lehnte einen dieses ausdrücklich hervorhebenden Antrag ab, „weil man den darin gegebenen Rechtssatz für selbstverständlich hielt" (Prot. I S. 659).

[16]) vgl. unten S. 29 Anm. 4.

Drittes Kapitel.

Allgemeine Ergebnisse aus der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 3.

A. Einführung und Einteilung.

Über das Maß der Haftung des Verkäufers, der seine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung nicht erfüllen kann, entscheidet nach dem Ergebnis des vorigen Kapitels die allgemeine Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Es ist daher jetzt eine eingehendere Beschäftigung mit dieser Lehre notwendig, soweit sie für den besonderen Fall des Vertrages über eine fremde Sache in Betracht kommt.

Nach der herrschenden, m. E. richtigen[1]) Ansicht, ist auch bei dem bloß subjektiven Unvermögen, das hier natürlich zunächst in Frage steht, die Scheidung in ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit, wenn auch nicht für die Gültigkeit des Vertrages, so doch für den Umfang der schuldnerischen Haftung von großer Bedeutung. Das Unterscheidungsmerkmal dieser beiden Teilbegriffe ist indessen in letzter Zeit sehr streitig geworden, und zwar gerade im Hinblick auf den Verkauf einer fremden Sache. Das entscheidende Kriterium zu finden wird daher die erste Aufgabe dieses Kapitels sein. Es soll nach einer kurzen Einführung in den heutigen Stand der Ansichten die Durchführung der wichtigen Teilung aus logischen Gesichtspunkten versucht, und daran anschließend die Übereinstimmung mit dem geltenden Recht

[1]) vgl. unten S. 57 f.

gezeigt werden.[2]) Nachträglich[3]) sind dann die theoretischen und praktischen Gründe, um derentwillen die Einhaltung der Zweiteilung in der Lehre vom Unvermögen überhaupt erforderlich ist, näher zergliedert, um dadurch einen Prüfstein für die Richtigkeit der vorgeschlagenen Definition zu gewinnen. Aus einem weiteren Abschnitt wird sich die praktische Brauchbarkeit der gewonnenen Sätze für die mannigfaltig differenzierten Fälle des Verkaufs einer fremden Sache ergeben.

Ein Übergreifen in die Lehre von der objektiven Unmöglichkeit ist nicht zu umgehen, weil dort die Zweiteilung die gleiche ist wie bei dem Unvermögen, im Gesetz aber nur die objektive ursprüngliche Unmöglichkeit ausdrücklich geregelt wird. — Daß im übrigen die objektive Unmöglichkeit und das bloß subjektive Unvermögen scharf getrennt zu halten sind, ist in letzter Zeit genugsam betont.[4])

§ 4.

B. Ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit: Unterscheidungsmerkmal.

I. Theoretisch-logische Ableitung.

Die Worte „ursprünglich" und „nachfolgend" gehören dem Sprachschatze des Bürgerlichen Gesetzbuchs bekanntlich nicht an. Sie sind wissenschaftliche Abkürzungen für schwierige umstrittene Definitionen, und bezwecken, die sämtlichen Fälle der Unmöglichkeitslehre in gleicher

---

[2]) Unten § 4.

[3]) Unten § 5.

[4]) vgl. Kleineidam S. 6; früher Hartmann S. 196. Die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit hält praktisch für unnötig Titze S. 70 f. Logisch bedenklich und „scholastisch" ist sie nach Hartmann S. 167 ff. und Ubbelohde, Arch. ziv. Pr. 85 S. 120. Nach ihnen müßte es einfach heißen: Der Schuldner ist befreit, wenn er die ihm vertraglich aufgebürdete Kraftanstrengung erschöpft hat, soweit er nicht für den Erfolg haftet. Sehr wohl! Aber gerade für die Umschreibung dieser Ausnahmefälle ist die Beibehaltung notwendig. Praktische Rücksicht verlangt, daß der Schuldner für ursprüngliches Unvermögen zur Herbeiführung des Erfolges unbedingt haftet. Anders bei ursprünglicher Unmöglichkeit. Vgl. unten S. 27 f., 24, 5.

Weise (wenn auch bei subjektiver und objektiver Unmöglichkeit aus verschiedenen Gründen [7])) in zwei große Gruppen zu teilen. Nach welchem Prinzip diese Teilung erfolgen soll, ist heute, wie erwähnt, im einzelnen bestritten. Einigkeit herrscht nur darüber, daß es sich um eine zeitliche Teilung handelt, und daß der ausschlaggebende Zeitpunkt der Augenblick der Entstehung des Schuldverhältnisses, also regelmäßig der des Vertragsschlusses ist.

1. Für die Art der Teilung stehen sich zwei Ansichten grundsätzlich gegenüber:

a) Die einen [1]) nehmen ursprüngliche Unmöglichkeit immer dann an, wenn der Schuldner außerstande ist, seine Verpflichtung im Augenblick der Entstehung des Schuldverhältnisses zu erfüllen, ohne Rücksicht darauf, daß er vielleicht nur zu späterer Erfüllung verpflichtet und dazu auch wohl imstande ist. Rein zeitliche (oder örtliche) Erfüllungshindernisse werden als selbstverständliche Ausnahme [2]) oder unter weiter Auslegung des § 308 I BGB. übergangen. Für die Anhänger dieser Theorie liegt bei einem Verkaufe fremder Sache ohne Zustimmung des Eigentümers immer ursprüngliches Unvermögen vor.[3])

b) Die Gegenansicht[4]) betrachtet den Leistungszeitpunkt als unübersehbar bei der Frage nach dem Inhalt der Leistungspflicht, und verdient in diesem Grundgedanken logisch ohne Zweifel den Vorzug. Verspricht N., dem K. in sieben Tagen ein ihm selbst noch nicht gehöriges Pferd zu übereignen, so darf bei der Frage nach vorliegendem Unvermögen ihm nie das ganz andersartige Versprechen unterstellt

---

[7]) vgl. unten S. 26, 28 f.

[1]) An der Spitze steht Titze S. 53 ff.; ferner v. Staudinger S. 37 Anm. 3 zu § 275 (vgl. unten S. 26); Schollmeyer S. 152 § 306 Anm. i; Neumann S. 256; Fischer-Henle S. 163 Anm. 1 zu § 306; RG. bei Seuffert Bd. 49 S. 19.

[2]) vgl. Titze S. 221 zu d.

[3]) So auch Planck Anm. 3 Abs. 2 zu § 275, der sich aber S. 118 § 306 Anm. 1 dennoch der Formulierung Endemanns anschließt. Hierüber unten. Vgl. jedoch Anm. 2 zu § 279, Anm. 3 zu § 280.

[4]) Führend: Dernburg S. 139 § 60 I; Kleineidam S. 29 ff.; Biermann S. 90; ferner: Schroeder S. 58; Endemann S. 693 Anm. 8 in § 124; Gruchot Bd. 35 S. 932, Bd. 30 S. 912 („Die Unmöglichkeit zu erfüllen kann nicht gegen einen festgestellt werden durch die bloße Möglichkeit, er werde dazu nicht imstande sein").

werden, schon heute dieses Pferd liefern zu wollen. Danach wird es bei dem Verkauf einer fremden Sache je nach den tatsächlichen Umständen Fälle geben, bei denen zur Annahme ursprünglichen Unvermögens kein Grund zwingt.

Für eine engere Begrenzung lauten die gewöhnlichen Formulierungen: Ursprünglich sei eine Unmöglichkeit oder ein Unvermögen nur, wenn die Unerfüllbarkeit schon zur Zeit des Vertragschlusses „*feststeht*" (Endemann[5]), Planck zu § 306), „*gewiß ist*" (Crome[6]), Schroeder[5]), ursprüngliche Unmöglichkeit läge dagegen „*nicht vor*, solange die Erfüllung *noch nicht ausgeschlossen* ist" (Dernburg[5]).

2. Die Anerkennung des oben (1 b) entwickelten Grundsatzes führt meines Erachtens zu einer andern Begriffsbestimmung. Dieser Grundsatz besagte, daß der Augenblick des Vertragschlusses nur den Standpunkt abgeben kann, von dem aus die Beurteilung zu erfolgen hat; daß die eigentliche Frage aber immer darauf geht, ob die Leistung zur *Leistungszeit* unmöglich ist. (Ist? Richtiger: *sein wird* — mit dem objektiv unsicheren Inhalt des Futurums aller Sprachen!)

Wir treten von der Leistungszeit zurück, bis hinan zum Vertragschluß, und schauen nach dem Schicksal der Leistung. Wir fragen: wird sie unmöglich sein? (Gegensatz: wird sie möglich sein?) — Wir finden, daß die Antwort sich einmal sicherer, ein andermal weniger sicher geben läßt.

Müssen wir uns entscheiden? auf das „entweder — oder" der Frage entscheiden, indem wir die Zukunft abschätzen?

Oder dürfen wir die Antwort aufschieben, die Klassifizierung verweigern, solange wir nicht mit irdischer Sicherheit das Schicksal der Leistung vorausbestimmen können? — Die oben genannten Formulierungen wählen diesen letzteren Weg. Sie wollen in *ungewissen* Fällen das spätere Schicksal der Leistung nicht beurteilen, sich nicht entscheiden: Sie schieben die Antwort auf. Man täusche sich nicht, weil auch sie mit den zwei Begriffen möglich und unmöglich auskommen. Denn das Wort „möglich" kann je nach der Satzverbindung doppelten Sinn haben: einen engeren, wie oben in der Fragestellung,

---

[5]) a. a. O.

[6]) *Crome* S. 53 § 145, 1; ferner S. 159.

und einen erweiterten, in dem es die zweifelhaften Fälle umfaßt.[7]) Es ist keine Entscheidung, wenn man auf die Frage: „Wird die Leistung möglich sein" zur Antwort gibt: Das ist möglich.[8]) Wird sie denn unmöglich sein? Dieselbe Antwort ist denkbar. Die Beurteilung des Leistungsschicksales wird also zurückgehalten, solange eine Gewißheit fehlt, solange es (genau gesagt) noch möglich ist, daß die Leistung möglich sein wird.

Aber: wir müssen uns entscheiden; in zweifelhaften Fällen, indem wir die Wahrscheinlichkeit abschätzen.

Die Vertreter der hier bekämpften Formulierungen scheuen sich, von Unmöglichkeit zu reden, bevor nicht das Schicksal der Leistung besiegelt ist. Sie übersehen aber m. E., daß es sich gar nicht darum handeln kann, eine endgültige Stimme über das Schicksal der Leistung schon zur Zeit des Vertragschlusses abzugeben, sondern nur darum, den Inhalt, den Charakter, die Richtung des Vertrages zu beurteilen.

Die Richtigkeit dieser letzten Behauptung soll im einzelnen bei Gelegenheit andrer Erörterungen nachgewiesen werden.[9]) Nur ein wichtiger Beleg sei gleich vorangestellt. Das ist: die Gültigkeit eines Vertrages trotz ursprünglichen Unvermögens.[10]) Müßte zur Annahme des ursprünglichen Unvermögens die Unerfüllbarkeit des Vertrages feststehen, so wäre es unverständlich, warum die Parteien gebunden sein sollten. Überhaupt ist bei bloßem Unvermögen die Erfüllung niemals ausgeschlossen. Denn der „Dritte" kann zustimmen, er kann sogar für

---

[7]) Diese Erkenntnis hat Schroeder („Unmöglichkeit und Ungewißheit" 1905) veranlaßt, eine Dreiteilung anzunehmen: Unmöglichkeit, Ungewißheit und Möglichkeit i. e. S. Diese Dreiteilung ist praktisch nicht erforderlich und theoretisch m. E. verfehlt. Die Unsicherheit einer Grenzziehung darf nicht dazu verleiten, das ganze Grenzgebiet als etwas Drittes abzutrennen. Man bekommt nur zwei Grenzen statt einer, und bei beiden die gleiche Schwierigkeit. Wann steht es fest, daß eine spätere Leistung bewirkt werden kann oder nicht, und wann ist es ungewiß? (vgl. die Anm. 11).

[8]) Hier bekommt das Wort möglich den weiten Sinn „es ist denkbar", „es kann sein". Es ist denkbar . . . (aber es ist vielleicht sehr unwahrscheinlich).

[9]) s. S. 19 Anm. 11; S. 22o; S. 24, 5.

[10]) Die Gültigkeit wird von den S. 17 Genannten aber durchweg anerkannt. Eine konsequente Ausnahme macht nur Dernburg S. 142 § 61 II, der für Unrichtigkeit eintritt (s. unten S. 29 Anm. 5).

den Schuldner leisten — und eben darum kommt auch bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners ein gültiger Vertrag zustande.

Es ergibt sich: daß die Anhänger der Dernburgschen Formulierung über das Ziel hinausgegangen sind. Faßten Titze und die Seinen den Begriff der ursprünglichen Unmöglichkeit unzweifelhaft zu weit, so umschrieben sie ihn jetzt zu enge. — Das Resultat der oben angestellten Erwägungen ist folgendes. Es muß vom Augenblick des Vertragschlusses aus beurteilt werden:

> Wird die Erfüllung zur Leistungszeit unmöglich sein, oder möglich? Wofür spricht nach der objektiven Sachlage die überwiegende Wahrscheinlichkeit?[11])

Je nach der Antwort ist der Vertrag auf eine (zur Erfüllungszeit) unmögliche oder mögliche Leistung gerichtet.

Die vorgeschlagene Prognose ist eine *nachträgliche*[12]): Denn sie wird regelmäßig erst angestellt, wenn zur Leistungszeit die Unmöglichkeit wirklich eingetreten ist und es sich um die Vertretungspflicht handelt. Sie ist ferner eine *objektive*: denn für die Berechnung wird nicht die Ansicht der Parteien und ihre vielleicht mangelhafte Kenntnis von Erfüllungshindernissen zugrunde zu legen sein, sondern die tatsächliche Lage[13]) im Augenblicke des Vertragschlusses, soweit sie menschlicher Erkenntnis zugänglich ist.

---

[11]) Über die Notwendigkeit einer Wahrscheinlichkeitsrechnung können auch die scheinbar so sicheren Ausdrücke: feststehen, gewißsein, und der negative Ausdruck Dernburgs nicht hinwegtäuschen. Es ist ausgeschlossen, daß Geister zitiert, ein Perpetuum mobile oder eine zerstörte Sache geliefert werden kann. Gut. Aber ein Ring, der einem Polykrates ins Meer fällt? Ein lenkbares Luftschiff (Biermann S. 88, 89)? Entdeckung des Nordpols? Jemand verpflichtet sich, mir im nächsten Mai oder Ende April einen Eimer mit frischem Berliner Schnee zu überreichen. — Liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor? Und ursprüngliches Unvermögen, wenn ein Bettler, der ein preußisches Los in der Tasche hat, 10000 Mk. zu zahlen verspricht? Doch wohl!

[12]) Der Ausdruck „nachträgliche Prognose" entstammt der v. Liszt schen Versuchslehre (Lehrbuch 1905 S. 210). Seine plastische Deutlichkeit hat schon Rümelin veranlaßt, ihn in einer Revision der Lehre von der adäquaten Kausalität aufs glücklichste zu verwenden (Arch. f. ziv. Pr. Bd. 90, vgl. bes. S. 189 f.).

[13]) Die sich regelmäßig durch den Verlauf des Falles geklärt haben wird.

II. Rechtfertigung aus dem Gesetze.

Es soll zunächst die Übereinstimmung der aufgestellten Sätze mit dem geltenden Recht gezeigt werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das, wie erwähnt, die Ausdrücke „ursprünglich" und „nachfolgend" nicht kennt, hat für beide Teilbegriffe selbständige Bestimmungen, für die sogen. nachfolgende Unmöglichkeit im § 275, für die ursprüngliche im § 306. Es wird sich darum handeln, das contrarium der einen Begriffsbestimmung mit der positiven Festlegung durch die andre in Einklang zu bringen.

So gewinnen wir aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zwei Merkmale für eine vertragliche Leistung, die als ursprünglich unmöglich zu gelten hat:

a) positiv (§ 306): Der Vertrag muß auf eine „unmögliche Leistung gerichtet" sein,

b) negativ (§ 275, arg. e contr.): Die Leistung darf nicht infolge eines Umstandes unmöglich geworden sein, der nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintrat.

1. Wollte man bei einer Definition der ursprünglichen Unmöglichkeit nur die Lage zur Zeit des Vertragschlusses berücksichtigen (wie Titze, v. Staudinger usw.), so ginge man damit schon weiter, als das contrarium aus § 275 verlangt. Mit den kurzen Worten des § 306 erschiene eine solche Definition vollends unvereinbar. Wie können wir einen Vertrag als auf eine unmögliche Leistung gerichtet bezeichnen, wenn zur Zeit des Abschlusses vielleicht mit größter Sicherheit feststeht, daß sie rechtzeitig wird bewirkt werden können![14])

Beispiel: Der Holländer H. verkauft am 1. 7. 1906 an einen hannoverschen Gutsbesitzer K. sein sämtliches auf seinen Gütern in Holland befindliches Vieh, lieferbar am 1. 7. 1907, Erfüllungsort Hannover. — Sollte nun, weil bis zum 31. 12. 1906 ein Einfuhrverbot für holländisches Vieh besteht, der zwischen H. und K. geschlossene Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein? Dann

---

[14]) Besonders wenn ein Wegfall des Hindernisses bis zur Leistungszeit in der Natur dieses Hindernisses lag. Dann ist niemals eine Unmöglichkeit vorhanden gewesen. Anders Windscheid II S. 270. Selbst Titze macht aber eine selbstverständliche Ausnahme, wenn die „Möglichkeit feststeht"; vgl. S. 221 ad d.

wäre nach dem Grundsatz des § 306 der Vertrag nichtig, und dies unliebsame Resultat könnte nur durch die bedenklich erweiterte Auslegung umgangen werden: Der Vertrag sei unter der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen, daß die Leistung möglich werde[15]) (§ 308 I). Eine solche stillschweigende Bedingung kann doch höchstens dann angenommen werden, wenn beide Parteien die Unmöglichkeit, zur Zeit des Vertragschlusses zu erfüllen, gekannt haben.[16])

M. E. mit Unrecht hat sich Titze durch den § 308, I verleiten lassen, den von ihm selbst als logischer anerkannten Grundgedanken der Gegenansicht zu verwerfen,[17]) weil das Gesetz im § 308 I Fälle vorsieht, bei denen die Unmöglichkeit bis zur Leistungszeit behoben werden kann, ohne ihnen das Epitheton „auf eine unmögliche Leistung gerichtet" zu nehmen. Ein solcher Tatbestand ist auch nach der in diesen Blättern vertretenen Ansicht denkbar und bedurfte einer Regelung, wie sie tatsächlich durch den § 308 I in glücklichster Weise erfolgt ist. Wenn in dem obigen Beispiel das Einfuhrverbot erst am 31. 12. 1908 ablaufen sollte, so haben wir einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag. Wird nun das Einfuhrverbot schon Ende 1907 aufgehoben, so kann § 308 zur Anwendung gelangen. Hier ist die Gültigkeit des Vertrages auch nicht selbstverständlich, wie bei dem ersten Beispiel, sondern mit Recht davon abhängig gemacht, ob der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird.[18])

2. Auch die Definitionen von Dernburg, Crome usw. sind mit dem Gesetzestext nicht einwandsfrei vereinbar. Sie fassen erstens, wie schon erwähnt (oben S. 17 f.) den § 306 anders auf, als es aus ihrem eigenen Grundsatz folgen würde. Bedenklich aber ist, daß nach ihren Formulierungen Fälle zur nachträglichen Unmöglichkeit gezählt

---

[15]) s. z. B. v. Staudinger S. 61 § 308 Anm. 1 Abs. 2. Abs. 2 des § 308 bezieht sich gerade auf diese Fälle bloßer Vertagung nicht, sondern verlangt Bestimmung eines Anfangstermius, also Befristung; vgl. Schollmeyer S. 159 oben, § 308 Anm. 2; Kleineidam S. 30, 31.

[16]) Übereinstimmend Schollmeyer S. 158 zu § 308.

[17]) Bedauernd! vgl. Titze S. 54 u. 58.

[18]) vgl. Kleineidam S. 32 und 33 oben. Er sagt sehr gut über den § 308: „Die Gültigkeit der Verträge, welche unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abgeschlossen sind und deren Leistung vom Standpunkt des Vertragsschlusses als möglich erscheint, wird nicht berührt . . ." An dieser Stelle berührt sich Kleineidam überhaupt eng mit der hier aufgestellten Wahrscheinlichkeitstheorie.

werden müssen, bei denen theoretische Gründe und das Gesetz dies schwerlich zulassen. Überwog z. B. in einem Fall die Wahrscheinlichkeit, daß die Erfüllung unmöglich sein würde, ohne daß doch die Erfüllbarkeit schon „ausgeschlossen" war, so lag nach Dernburg ursprüngliche Unmöglichkeit nicht vor. Wo aber ist der nachträgliche Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, wenn die Hindernisse zur Leistungszeit wirklich nicht beseitigt waren?[19])

Endlich ist gegen diese Definition der Vorwurf Titzes entschieden gerechtfertigt: es bleibe für den § 308 I kein Raum.

3. Nach der im vorigen Abschnitt (I) begründeten Theorie lag ursprüngliche Unmöglichkeit vor, wenn der Vertrag nach objektiver nachträglicher Prognose auf eine (zur Erfüllungszeit) unmögliche Leistung gerichtet war.

Bei dieser Prognose werden folgerichtig auch spätere noch zu erwartende Ereignisse berücksichtigt werden können, aber selbstverständlich nur dann, wenn die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts wirklich groß genug ist, um bei einer wirtschaftlich vernünftigen Berechnung, die zunächst von der Beharrung des Bestehenden ausgehen wird, den Ausschlag zu geben. Es muß gleichsam das bedingende Glied in der Kette, die auf das Ereignis zuführt, schon vorgelegen haben. So ist bei dem Verkauf eines Pferdes, lieferbar in vier Wochen, ursprüngliche Unmöglichkeit anzunehmen, wenn dieses Pferd schon todkrank ist.[20]) Hier kann auch nicht erst der Tod des Pferdes als „Umstand" angesehen werden, infolgedessen die Leistung „unmöglich wird". Denn die §§ 275 f. setzen voraus, daß in Richtung auf das fragliche Ereignis

---

[19]) Und nur dann kann doch nachträgliche Unmöglichkeit angenommen werden. Kisch S. 30 Anm. 7 hilft sich, indem er meint, die nachträgliche Unmöglichkeit sei ein im Gesetz „nirgend definierter Begriff" und gehe viel weiter als § 275. Vgl. Kleineidam S. 88; Schroeder nimmt Dreiteilung an, s. oben Anm. 7.

[20]) Anders Kisch S. 33 und natürlich die Verteter der oben S. 16 sub 1a geschilderten Theorie; vgl. Schollmeyer S. 98 A. 2c zu § 275; besser: Rechtspr. der OLG. Bd. 3 S. 8; Kleineidam S. 86, der immerhin nur das sicher eintretende Ereignis berücksichtigen will; weiter geht Cosack S. 347 § 98, 4: Verpflichtet sich im Dezember die im zweiten Monat schwangere Schauspielerin gerade für den Juli zu einer Gastspieltournee, so ist der Vertrag nichtig, auch dann, wenn infolge einer Fehlgeburt im Januar die Erfüllung im Juli doch möglich ist. — Zur Rechtfertigung vgl. unten S. 24 f.

schon ein vertragliches Verschulden denkbar sei ... genauer[21]): eine Verletzung der im Vertrag auferlegten Pflicht mit verkehrserforderlicher Sorgfalt auf den Erfolg hinzuwirken. Lag aber, wie im Falle des Beispiels, die letzte ausschlaggebende Bedingung schon vor Entstehung des Schuldverhältnisses, so kann ein solches vertragliches Verschulden gar nicht in Frage kommen. Die Richtung des Vertrages ging von vornherein auf eine unmögliche Leistung. — Ähnlich liegt in dem von Titze (S. 55 Anm. 6) gebildeten Fall, daß „ein Kommis seiner sich aus dem Dienstvertrag ergebenden Verpflichtung nicht nachkommen kann, weil er zum Militär einberufen wird," ursprüngliche Unmöglichkeit vor, weil bei normalem Fortgang die Einziehung zu erwarten war.

4. Von manchen werden die ganzen im vorigen Abschnitt (I) angestellten Untersuchungen den Widerspruch erfahren, den Endemann[22]) schon gegen die zwischen Titze und Kleineidam schwebenden Streitfragen erhob: sie beruhten auf einem „seltsamen Mißverständnis" — es komme ja nur darauf an, ob der erfüllungshindernde Umstand schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorlag oder erst nachträglich eintrat.

Ohne Zweifel: auf die Beantwortung dieser Frage läuft alles hinaus. Aber die Antwort ist nicht so einfach, die Fragestellung nicht so klar und nicht so eindeutig, wie es den Anschein haben mag. Das

---

[21]) Denn Jhering (Jahrb. 4 S. 1 f.) und nach ihm die herrschende Ansicht hält auch die culpa in contrahendo für ein vertragliches Verschulden. Der Unterschied bleibt immer bedeutend. M. E. ist aber Jherings Konstruktion heute nicht mehr zutreffend. Wir sind bei dem erweiterten Deliktsbegriff des BGB. (vgl. §§ 824, 829, 831, 833) nicht mehr an den Grundsatz der lex Aquilia gebunden, welche die Geltendmachung deliktischer Haftung aus bloßer culpa an die Bedingung knüpfte, daß ein bestimmter Gegenstand verletzt war. Es genügt, wenn das Gesetz die Haftung für Verschulden bei einem besonderen Tatbestand bestimmt und dies Verschulden ohne Gewalttat kein vertragliches genannt werden kann. So aber liegt es bei der culpa in contrahendo des § 307. Ehe ein Vertrag eine Verpflichtung begründet, muß er geschlossen sein, und solange eine vertragliche Verpflichtung fehlt, ist auch ein vertragliches Verschulden undenkbar. Daß die Parteien, sobald sie miteinander in Berührung treten, eine Art Vorvertrag schließen, in dem sie sich zur Sorgfalt für den zu schließenden Hauptvertrag verpflichten, ist so gut eine Fiktion wie jener contrat social, auf dem nach einigen gerade jede deliktische Haftung beruht, und kraft dessen alle untereinander verpflichtet sind, die Rechte des Nächsten zu wahren.

[22]) S. 693 Anm. 9 (§ 124).

ergibt sich aus der Reihe der angeführten Beispiele[23]) und zwingt uns zu der weiteren Frage: was heißt „nachträglicher Umstand" im Zusammenhang des § 275? Insbesondere: wird eine Leistung erst infolge des erfüllungshindernden letzten Ereignisses (Tod des Pferdes, Wochenbett der Schauspielerin) unmöglich, oder schon infolge jenes früheren, das die ausschlaggebende Bedingung zu diesem letzten Ereignis setzte und auf das allein wir die Verschuldensfrage beziehen können (tödliche Erkrankung des Pferdes, Schwängerung der Schauspielerin usw.)?

Dazu kommt nach geltendem Recht ein anderes:

Wenn die Leistung zur Erfüllungszeit gar nicht unmöglich ist, aber Schuldner oder Gläubiger leugnen ihre Gebundenheit, weil der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen sei (§ 306, vgl. § 308 I) — so hilft uns die Frage nach dem Umstand, infolgedessen die Leistung unmöglich wurde, nicht viel. Wir müssen auf anderem Wege entscheiden, ob der Vertrag „ursprünglich unmöglich" war oder nicht.

Aus den früheren Untersuchungen ergibt sich nun: daß eine Einwirkung auf ein Rechtsverhältnis dann und nur dann eine nachträgliche ist, wenn sie die objektive Prognose durchkreuzt, gleichsam den Pfeil ablenkt, der die Richtung des Vertrages angibt. Durch einen solchen nachträglichen Umstand kann eine ursprünglich unmögliche Leistung möglich werden (§ 308), oder eine ursprünglich mögliche Leistung unmöglich (§ 275): in diesem Fall ist die Verschuldensfrage zu stellen, sofern es sich um eine Speziesleistung handelt.

5. Im Interesse der Vollständigkeit sei noch eine Abschweifung auf das Gebiet der objektiven Unmöglichkeit gestattet, um einen naheliegenden Einwand abzuschneiden.

Das Gesetz hat die Nichtigkeit ursprünglich objektiv unmöglicher Verträge ausgesprochen. Der Grund, der dies rechtfertigt, liegt m. E. nicht in der logischen Erwägung, daß dieser Vertrag etwas Unsinniges fordert,[24]) wie besonders Dernburg ausgedrückt hat. Sondern das Gesetz bestimmt aus Billigkeitsgründen: Dieses auffällige Versprechen, dessen Erfüllung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unmöglich ist, soll nur dann eine verpflichtende Wirkung haben, wenn das vor-

[23]) vgl. auch die S. 19 Anm. 11 angegebenen Fälle.

[24]) Das wäre wieder zu eng, entsprechend der hier bekämpften Formulierung Dernburgs. De lege lata: Wo bliebe § 308 I?

liegende Hindernis in den Parteiabmachungen irgendwie berücksichtigt ist, z. B. sein Fortfall als Bedingung (§ 308 I), oder durch Übernahme einer Garantie von seiten des Schuldners. Ähnliches wird die Auslegung des Vertrages auch immer ergeben, wenn beide Parteien sich des Hindernisses bewußt waren.[24a]) — Haben sie es dagegen nicht berücksichtigt, weil sie es nicht kannten oder sich verschwiegen, so sollen sie an den bedenklichen Vertrag nicht gebunden sein, weil er unter falschen Voraussetzungen abgeschlossen ist. Es entspräche nicht der Verkehrsauffassung, wollte man dem Schuldner ein unbedingtes Garantieversprechen unterschieben.[25]) Anderseits wäre es keine gerechte Lösung des Problems, solche Verträge aufrechtzuerhalten, als unter der Bedingung geschlossen, daß die Unmöglichkeit gehoben würde: Bei der dadurch entstehenden Ungewißheit würde der Gläubiger gehemmt, sich rechtzeitig Ersatz zu sichern.[26]) Mit Recht schlägt darum das Gesetz den Mittelweg ein: Keine Partei ist gebunden, wer aber kulpos in contrahendo handelte, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, der ihm aus dem verunglückten Vertragschluß entstand.

III. Resultat für das Unvermögen.

Fassen wir zusammen, was aus den bisherigen Untersuchungen für die Lehre vom Unvermögen (und damit für den Verkauf einer fremden Sache) folgt, so erhalten wir folgendes Resultat:

> Ursprüngliches Unvermögen ist anzunehmen, wenn schon vom Zeitpunkt des Vertragschlusses gesehen die Bewirkung der Leistung nicht im Machtbereich der schuldnerischen Anstrengungen lag. — Erkenntnismittel: nachträgliche objektive Prognose.

1. Bleibt zwischen Vertragschluß und Leistungszeit keine Spanne frei, so ist die Entscheidung vereinfacht, nachträgliches Unvermögen kommt nicht in Frage. Aber fast immer ist eine Zwischenzeit vor-

---

[24a]) So z. B. in den Fällen der Anm. 11 auf S. 19.

[25]) Wie bei ursprünglichem Unvermögen. Dort ist der Grund (s. unten S. 28) der, daß der Schuldner dem Gläubiger für seine persönliche Legitimation zum Vertragschluß haften muß. Derselbe Grund trifft für die objektive Unmöglichkeit nicht zu, weil die wahrscheinliche Unmöglichkeit der Erfüllung für alle Personen gleichmäßig besteht.

[26]) vgl. oben Anm. 20 das Cosacksche Beispiel.

handen. Zunächst ist ja ein Gläubiger regelmäßig nicht berechtigt, die Leistung sofort zu fordern, wenn er mit dem Schuldner den Vertrag abgeschlossen hat: auch wenn die Fälligkeit nicht ausdrücklich hinausgeschoben ist, verbleibt dem Schuldner eine angemessene Frist. Man denke an einen Vertrag, der auf der Straße, in der Eisenbahn usw. geschlossen ist. Inest tempus, sagen die Römer.[27]) Aber der Moment der Fälligkeit ist noch nicht einmal das Ziel der Prognose[28]): Da wir nach vollständigem Unvermögen zur Leistung fragen, müssen wir vielmehr die ganze Zeit berücksichtigen, innerhalb derer der Gläubiger die Leistung noch anzunehmen verpflichtet ist, wenn sie ihm angeboten wird[29]); vorher brauchte nur teilweise Unmöglichkeit vorzuliegen.

2. Unmöglichkeit ist ein tatsächlicher Begriff. Wo ein Erfolg juristisch von zwei Willenserklärungen abhängt, ist tatsächlich oft nur ein Entschluß, nur ein Wille erforderlich, um ihn herbeizuführen: so zum Erwerbe eines Glases Bier, einer Fahrkarte, jeder frei verkäuflichen Sache, wenn genügendes Geld vorhanden ist. Darum bleibt der Kommentar v. Staudingers[30]) m. E. auf halbem Wege stehen, wenn er lehrt: ursprüngliches Unvermögen liege vor, so oft die Handlung juristisch nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig sei, also bei jedem Verkauf einer fremden Sache.[31]) Solange die Erfüllung noch tatsächlich in der Macht des Schuldners steht, kann von ursprünglichem Unvermögen keine Rede sein! Habe ich jemandem

---

[27]) Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit (l. 186 D. 50, 17); quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire (l. 137, §§ 2 D. 45 1).

[28]) Außer bei Fixgeschäften, und wenn der Gläubiger voraussichtlich bei Verspätung kein Interesse mehr an der Erfüllung haben würde.

[29]) Diese Zeit ist nach dem Vertragsinhalt abzuschätzen und unter Berücksichtigung der §§ 283, 326 BGB.; zum Teil anders Titze S. 35 f.; Kleineidam in Iherings Jahrb. S. 120; für einzelnes ist hier nicht der Raum.

[30]) S. 37 § 275 Anm. 3.

[31]) Die Lehre vom Unvermögen hat bei ihrer Entwicklung in natürlichem Zusammenhang mit dem Beispiel vom Verk. e. fr. S. gestanden. Vielleicht hat die dauernde Verbindung dazu verführt, daß man versäumte sowohl den Begriff „Unvermögen" wie den Teilbegriff „ursprüngliches Unvermögen" von der immerhin besonders gearteten Physiognomie dieses ihres Hauptbeispiels freizuhalten und so die noch heute herrschende Unsicherheit mitverschuldet.

eine Sache versprochen, die der Antiquar Feigenbaum feilbietet, und wende mich nicht an Feigenbaum, sie für den Käufer zu erstehen: so ist — Geldmittel vorausgesetzt — ein „Mangel am Wollen", nicht ein „Mangel am Können" schuld an meiner Nichterfüllung.

Aus allem ergibt sich, daß es noch keinen Grund zur Annahme ursprünglichen Unvermögens bildet, wenn die verkaufte Sache eine fremde ist. Hinzukommen muß, daß die Sache beim Vertragschluß in festen Händen war, oder die Erfüllbarkeit aus anderem Grunde unwahrscheinlich ist.

§ 5.

C. Praktische Bedeutung der Zweiteilung.

I. Verschiedenartige Haftung bei ursprünglichem und nachfolgendem Unvermögen.

Allgemeine Begriffe sind nach logischen Gesichtspunkten gegeneinander abzugrenzen: der Begriff der Erfüllung von dem der Nichterfüllung, bei letzterem das Nichterfüllenwollen vom Nichterfüllenkönnen, hier die Unmöglichkeit vom Unvermögen, das ursprüngliche vom nachträglichen Unvermögen usw.

Solche theoretischen Abgrenzungen haben natürlich einen juristischen Wert nur dann, wenn sie eine richtige Basis für verschiedenartige praktische Behandlung schaffen: andernfalls sind die scharfsinnigsten Scheidungen scholastisch und überflüssig.

Welches ist nun das praktische Bedürfnis, das die im vorigen Paragraphen ausgeführte Teilung in ursprüngliches und nachfolgendes Unvermögen erzwingt? Diese Frage soll zunächst ergründet werden, doch nur um anschließend erproben zu können: wird mit der bisherigen, theoretisch gewonnenen Definition dies praktische Bedürfnis auch befriedigt, das heißt also eine praktisch brauchbare Abgrenzung und Klassifizierung aller denkbaren Tatbestände erreicht?[1])

1. Es ist ein selbstverständlicher Satz, daß ein Schuldner aus dem Vertrage nicht mehr zu belangen ist, wenn er alle ihm durch

[1]) Für die objektive Unmöglichkeit vgl. oben S. 24, 5.

den Vertrag auferlegten Pflichten erfüllt hat; daß also solange nicht stillschweigend oder ausdrücklich Haftung für den Erfolg übernommen ist, nur die Verletzung der sich aus dem Vertrage ergebenden Anstrengungs- und Sorgfaltspflicht einen Anspruch auf Schadensersatz begründen kann. In Anerkennung dieses Satzes hat das Gesetz als Regel bestimmt: Der Schuldner soll frei sein, wenn die Erfüllung unmöglich wird, ohne daß er es bei Aufwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt hindern konnte, und hat zugleich festgesetzt: daß der Schuldner im allgemeinen zu der „im Verkehr erforderlichen" Sorgfalt verpflichtet sein soll.[2])

Wie aber steht es, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch den Abschluß des Vertrages überhaupt Aussichten auf Erfüllung eröffnete, die tatsächlich nicht vorhanden waren? Dann kann als Haftungsgrund eine Verletzung der vertraglichen Pflicht, sorgfältig auf den Erfolg hinzuwirken, nicht in Frage kommen.[3]) Ein anderer Haftungsgrund ist aber für das Unvermögen durch das Gesetz nicht gegeben (dagegen bei objektiver Unmöglichkeit culpa in contrahendo, § 307 oben S. 24 und 25). Es wird sich zeigen, wie das Gesetz einer besonderen Regelung auch entraten konnte, weil sich eine Haftung, und zwar eine unbedingte Haftung schon aus der Parteiabrede selbst ergiebt.

Beim Vertragschluß ist der Gläubiger in den seltensten Fällen in der Lage, die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Schuldners zu dem Gegenstande des Vertrages zu prüfen. Er ist vielmehr regelmäßig angewiesen, sich auf die stillschweigende Behauptung des andern zu verlassen: daß er der richtige Mittler (oder einer von den richtigen Mittlern) zum gewünschten Erfolge sei. Hierauf muß sich der Gläu-

---

[2]) Dagegen muß der Grad von Kraft-, insbesondere Vermögensanspannung zur Überwindung etwa entgegentretender Hindernisse, zu dem der Schuldner verpflichtet ist, aus jedem einzelnen Vertrage nach Treu und Glauben entnommen werden (also § 157, nicht § 242 ist anzuziehen! Dadurch erledigen sich auch Plancks Einwände II S. 70 Anm. 1 zu § 275). Eine Verallgemeinerung, wie bei der Sorgfaltspflicht, war da nicht angängig. — Über Ubbelohde S. 120 s. oben S. 15 Anm. 4. Vgl. ferner Hartmann S. 214, 221, 224. Zu weit geht Kleineidam, bes. S. 16 u. 17. Gegnerisch z. B. Endemann S. 693, Anm. 8 S. 696 Anm. 24.

[3]) vgl. oben S. 23 Anm. 21.

biger auch verlassen können: das ist ein Gebot rechtlicher und wirtschaftlicher Verkehrssicherheit. Der Schuldner muß also dafür einstehen, daß seine Behauptung objektiv begründet war. Ein solches Haftungsversprechen ist auch nach Treu und Glauben aus jedem Vertragschluß zu entnehmen, solange sich nicht deutlich das Gegenteil ergibt.[4] Bildlich gesprochen: Wenn ich einen bestimmten Gegenstand suche und jemand stellt sich mir in den Weg, unterbricht meine suchende Tätigkeit und sagt: Ich verpflichte mich, Dir die Sache zu verschaffen, so fügt er damit stillschweigend hinzu: Ich versichere (und hafte Dir dafür), daß ich auch durch die tatsächlichen Verhältnisse legitimiert bin, Dir dies Versprechen zu tun.[4a])

2. Theoretisch sagen wir: Der Schuldner haftet für ursprüngliches Unvermögen.[5]) Das heißt nach der im vorigen Paragraphen gefundenen Definition: Der Schuldner haftet dafür, daß vom Zeitpunkt des Vertragschlusses gesehen, die Herbeiführung des gewünschten Erfolges nach wirtschaftlicher Anschauung in seiner Macht lag und zwar unter Zugrundelegung der tatsächlichen Verhältnisse.

Damit ist aufs genaueste dem praktischen Bedürfnis entsprochen, wie es sich aus der oben angestellten Untersuchung ergeben hat, und zwar durch eine Definition, die sich dem individuellem Tatbestande anzupassen vermag.

Die Parteien schließen den Vertrag, richtig gelesen, wie mehrfach erwähnt, ja nur unter der Voraussetzung ab, daß der Schuldner nach Lage der Sache zur demnächstigen Erfüllung (Leistungszeit) imstande scheint.

---

[4]) Dieses Haftungsversprechen wird z. B. fehlen, wenn auch der Käufer weiß, daß die verkaufte Sache eine fremde ist, sofern nicht überhaupt § 439 zur Anwendung kommt (vgl. oben S. 13). Oder es wird umgekehrt eine volle Garantieübernahme (Haftung für den Erfolg) beabsichtigt sein. S. die folg. Anm.

[4a]) Es ist also deutlich zu unterscheiden zwischen dem (gewöhnlich stillschweigenden) Haftungsversprechen des Schuldners für seine persönliche Legitimation zum Vertragschluß und dem (meist ausdrücklichen) Versprechen der Haftung für den Erfolg = Garantieübernahme.

[5]) Weitaus herrschende Ansicht. Gegnerisch: Titze S. 248, 249, der die Sätze für nachfolgendes Unvermögen anwendet. Zum Teil ebenso Cosack § 160 S. 353. Nichtigkeit nimmt an: Stammler S. 107; Krug, dagegen Kleineidam bei Jhering S. 131; endlich Dernburg s. oben S. 18 Anm. 10. Er läßt nur den Anspruch auf das Interesse entstehen.

Es kann dem Verkäufer also nicht einfach ein Garantieversprechen dafür unterschoben werden, daß er schon zur Zeit des Vertragsschlusses (als Eigentümer oder sonst Verfügungsberechtigter) zur Erfüllung in der Lage war.

Umgekehrt: das oben ergründete Erfordernis praktischer Gerechtigkeit würde in keiner Weise befriedigt, sollte der Schuldner unbedingt nur dafür haften, daß die Erfüllung für ihn nicht ausgeschlossen war, wie der strikte Anschluß an Dernburgs Definition ergeben würde.

II. Anwendung auf den Verkauf einer fremden Sache.

1. Die Anwendung der gewonnenen Sätze auf einzelne Fälle wird das Resultat der bisherigen Untersuchungen veranschaulichen. Es sollen darum einige Beispiele folgen:

Der Kunsthändler N. verkauft dem K. mit achttägiger Lieferfrist das Gemälde „Sonnenuntergang" von E., das noch im Eigentum des Künstlers steht, und zwar schließt er den Vertrag im eigenen Namen und ohne Verfügungsmacht.

War das Gemälde zur Zeit des Vertragsschlusses käuflich und befand sich N. im Besitz von Anschaffungsmitteln, so lag ursprüngliches Unvermögen nicht vor. Wird das Bild später unverkäuflich, so haftet N. also nur, wenn er diesen nachträglichen Umstand bei gehöriger Sorgfalt hätte verhüten können. In einem solchen Fall kann natürlich vom Schuldner verlangt werden, daß er unverzüglich nach dem Abschluß des Vertrages die nötigen Schritte tut, dem Gläubiger die Erfüllung zu sichern. Die größte Sorgfalt ist hier die im Verkehr erforderliche und ihre Verletzung schon Fahrlässigkeit.

Wo aber eine solche Fahrlässigkeit nicht anzunehmen ist, wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, der Vertrag löst sich nach § 323 auf.[6])

---

[6]) Also auch dann, wenn zufällig noch bevor sich der Verkäufer mit ihm in Verbindung setzen konnte, der Eigentümer das Gemälde in feste Hände fortgegeben hat. Das ist nicht anders als wenn N. Eigentümer gewesen wäre, das Bild auf der Reise verkauft hätte und es nach der baldigen Rückkehr von seinen Angehörigen veräußert fände u. ä. Hier liegt je nach der zeitlichen Folge der Ereignisse unverschuldetes nachfolgendes Unvermögen vor (N. ist frei), oder ursprüngliches (N. haftet, kann aber event. wegen Irrtums anfechten, s. unten S. 31).

Man setze folgenden Fall: Der Künstler E. hatte sein Bild dem N. am Sonntag auf 4 Tage verbindlich angeboten, daraufhin schließt N. am Montag mit K. seinen Vertrag und schreibt auch noch am Abend an E., daß er auf dessen Angebot eingehen wolle. E. aber verkauft und übereignet sein Bild am Dienstag morgen, ohne sich an seine Gebundenheit gegen N. zu kehren, an einen andern Liebhaber. Hier ist N. ohne Schadensersatzpflicht befreit. Ebenso, wenn sein Schreiben an den E. auf der Post verloren ging, und, ehe er dies merkt und merken kann, das Gemälde in feste Hände übergegangen ist.

2. Lag aber ursprüngliches Unvermögen vor, so haftet der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden unbedingt. Er haftet auch dann, wenn er selber sein Unvermögen nicht kannte, und diese Unkenntnis noch so entschuldbar war.[7]) Eine Milderung ist nur nach den Bestimmungen der Irrtumslehre möglich, durch die der Grundsatz der Verkehrssicherheit eben ein für allemal durchbrochen ist.

Läßt sich nun de lege lata der Fall, daß jemand eine fremde Sache verkauft in der Meinung, sie sei seine eigene, unter die durch Anfechtbarkeit privilegierten Irrtumsfälle rechnen?

Um dieses Resultat zu erreichen haben verschiedene Schriftsteller versucht, den Irrtum über das Eigentum als einen Irrtum über „wesentliche Eigenschaften" der Sache darzustellen,[8]) und haben diese Behauptung höchstens gegen den Vorwurf gerechtfertigt, daß die Eigentumsverhältnisse nicht vom Verkehr als „wesentlich" angesehen würden. M. E. kann man aber hier überhaupt nicht von einer Eigenschaft der Sache sprechen. Gewiß ist für den Verkehr, soweit er sich um die Sache dreht, die Person des Eigentümers von großer

---

[7]) vgl. l. 39 § 3 D. 21, 2; Hartmann S. 207; Windscheid II S. 267 § 315 Anm. 3; Schollmeyer S. 151 § 306 Anm. 1; Kleineidam S. 47. Wer Anfechtung wegen Irrtums nicht zuläßt wird den harten Übergang als ungerecht empfinden (vgl. das Beispiel in Anm. 6). Berühmt ist das Beispiel von Jhering in seinen Jahrbüchern IV S. 68. Er nimmt objektive Unmöglichkeit an, weil der Antiquar nicht ein Exemplar, sondern sein Exemplar verkauft hat. Gegen diese Entsch. m. E. mit Recht Kleineidam S. 17 u. a.; vgl. auch Hartmann S. 202; Titze S. 251.

[8]) vgl. Dernburg I (1902) S. 433; Crome II S. 407 Anm. 13; Rehbein I S. 138 Anm. III, 1e; Lenel, Jherings Jahrb. 44 S. 15, ebenso Planck I S. 214 Anm. 2a a. E. bestreiten, daß es sich um eine wesentliche Eigenschaft handelt und gestatten darum die Anfechtung nicht. Vgl. dagegen im Text.

Bedeutung, bei jedem einzelnen Vertrage zumeist von ausschlaggebender Bedeutung. Aber für die Sache als Objekt, als Gegenstand des Verkehrs bildet die augenblickliche Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtssubjekt darum noch keine Eigenschaft. Die Eigenschaften einer Sache sind vielmehr genau die gleichen, ob sie dem einen oder dem andern gehört.[9])

Trotzdem ist die Anfechtbarkeit unter gewissen Voraussetzungen zu bejahen. Sie läßt sich in den Grenzen, die der Gerechtigkeit entsprechen, aus dem Abs. 1 des § 119 BGB. ableiten.[10])

Die Verkaufserklärung verpflichtet den Verkäufer kraft der gesetzlichen Interpretation des § 433 einfach dem Käufer das Eigentum an der von ihnen bezeichneten Sache zu verschaffen. Dies ist also objektiv der Inhalt der Erklärung des Verkäufers. Hielt sich dieser für den Eigentümer der verkauften Sache, so ging sein Wille aber regelmäßig nur dahin, das Eigentum an der eigenen Sache auf den andern zu übertragen, nicht auch: ihm ev. eine fremde Sache zu verschaffen — Verträge, die wir wirtschaftlich scharf auseinanderhalten. Der durch gesetzliche Bestimmung ausgelegte Inhalt der Erklärung wich also von dem ab, was der Verkäufer eigentlich nur hatte erklären wollen.[11]) Er befand sich sonach über den vollen Inhalt seiner Erklärung im Irrtum und kann nach § 119 diese Erklärung anfechten, „wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben haben würde."

---

[9]) Eher kann man es als eine Eigenschaft der Sache bezeichnen, daß sie überhaupt im Eigentum steht, wie umgekehrt, daß sie herrenlos oder verkehrsunfähig ist. Ebenso ist es bei einem Grundstück angängig, die Frage, ob es belastet oder schuldenfrei ist, als eine Frage nach Eigenschaften aufzufassen, nicht aber, ob X. oder Y. Gläubiger des Grundstücks ist.

[10]) Den Weg wies v. Seeler in einem kleinen Aufsatz der DJZ. 1899 S. 16 u. 17. Er sagt: „Die beiden Erklärungen ‚das Eigentum an der eigenen Sache zu übertragen' und ‚das Eigentum an einer fremden Sache zu verschaffen' sind zwar nach dem BGB. . . . juristisch gleich zu behandeln, aber sie sind nicht inhaltlich gleiche Erklärungen."

[11]) Vorausgesetzt natürlich, daß der Verkäufer wirklich nur die beschränktere Erklärung hatte abgeben wollen.

Viertes Kapitel.

Ergebnisse für besondere Fälle.

§ 6.

A. Geldmangel als Grund der Nichterfüllung.

Im vorigen Kapitel ist gezeigt, wie ein Verkäufer fremder Sache unter Umständen von seiner Leistungspflicht befreit werden kann, wenn die Sache ohne seine Schuld und Versäumnis nach dem Vertragschluß in feste Hände überging und darum von ihm nicht zu beschaffen war. Wie nun aber, wenn die verkaufte Spezies, z. B. das Gemälde des E., zwar frei käuflich bleibt, die Erfüllung wird dem N. nur dadurch unmöglich, daß er die zur Anschaffung nötigen Mittel unverschuldet[1]) verliert — quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem?[2])

Hier ist es nicht angängig, den Verkäufer ohne Schadenshaftung zu befreien. Es hat sich rechtsgeschichtlich mit großer Bestimmtheit der Grundsatz herausgebildet, daß ein Schuldner Mangel an Geldmitteln immer zu vertreten hat. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist dieser Satz durch eine erweiterte Auslegung des § 279 zu begründen.[3])

---

[1]) z. B. durch Bankerutt seines Bankiers; vgl. Cosack 2. Aufl. S. 335 § 98 II 1b. Cosack hat sein Beispiel auf Plancks Angriffe in der neusten Auflage zurückgezogen. Planck wendete zweierlei ein: Erstens läge ursprüngliches Unvermögen vor — entsprechend der hier bekämpften Auffassung Plancks, Titzes usw. vom ursprünglichen Unvermögen. Zweitens sei Mangel an Zahlungsmitteln immer zu vertreten: Darüber im Text. — Wie früher Cosack s. auch Oertmann II S. 35 § 275 Anm. 3.

[2]) l. 137 § 4 D. 45, 1.

[3]) vgl. Prot. I S. 666; ferner Planck S. 79 § 279 Anm. 2; anders Biermann S. 100—102.

Wer eine fremde Spezies verkauft, ist auch zur Anschaffung dieser Sache, und damit indirekt zur Aufwendung von Geld verpflichtet. Einen Stützpunkt gibt § 434 in Verbindung mit § 439 II. Der Verkäufer ist danach gehalten, Rechte Dritter zu beseitigen. Dazu braucht er Zahlungsmittel und so können diese im Sinne des § 279 als geschuldeter Gegenstand angesehen werden.

Dernburg hat die etwas gewaltsame Auslegung des § 279 dadurch umgangen, daß er Mangel an Zahlungsmitteln überhaupt nicht als Unvermögen behandelt.[4]) Dieser Weg scheint mir weniger glücklich, weil er die Grundbegriffe der Unmöglichkeitslehre, wie sie nun einmal vom Gesetzbuch angenommen ist, mißachtet, während im andern Fall nur ein einzelnes Wort gedehnt wird.

§ 7.

B. Direkter Ankauf der fremden Sache durch den Vertragsgegner als Grund der Nichterfüllung.

1. Beispiel: K sucht ein bestimmtes Gemälde. N will es ihm für 420 Mk. verschaffen. Es gehört ihm zwar selber nicht, aber er kennt den Eigentümer, der es für 400 Mk. verkäuflich hält. Folgenden Tags findet K das gesuchte Gemälde im Schaufenster des Eigentümers, freut sich, N zuvorzukommen und die 20 Mk. zu sparen, kurz — er verschafft sich das Bild selber.

Dieser concursus duarum causarum und die dadurch erfolgte Unmöglichkeit der Leistung fällt m. E. unter den § 324 BGB. Es handelt sich um einen „vom Gläubiger zu vertretenden Umstand". Die Folge ist, daß der Schuldner von seiner Leistung frei wird, während er den Anspruch auf die Gegenleistung behält, hierauf sich allerdings die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen muß.

Was der Gläubiger nach § 324 zu vertreten hat, ist nicht klar ausgesprochen, doch ist folgendes aus dem Zwecke der Vorschrift zu entnehmen. Es genügt nicht, daß die Unmöglichkeit der Leistung im Kausalzusammenhang mit einer Handlung des Gläubigers gestanden

[4]) Dernburg II S. 140 § 60 III, 3; ebenso Pand. II § 16 Anm. 6; vgl. auch Schollmeyer S. 96 Anm. 2b zu §§ 275—283.

hat; hinzukommen muß, daß diese Handlung sich als Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Schuldner darstellt. Es sind also nur solche Einwirkungen des Gläubigers auf das Schuldverhältnis in Betracht zu ziehen, die ihm nach dem Inhalt des Vertrages mit vernünftiger Auslegung des Parteiwillens nicht gestattet waren.[1]) Dazu gehört aber unzweifelhaft auch ein Vorwegkauf wie im Falle des Beispiels, wenn er ohne triftige Gründe erfolgt. Der Gläubiger soll nicht dadurch, daß er die Erfüllung vereitelt, eine rücktrittsähnliche Auflösung des Vertrags erzwingen können, wie sie in dem Regelfall des § 323 eintritt.

Der Fall des Beispiels erledigt sich also dahin, daß N die Zahlung von 20 Mk. (400 Mk. muß er sich anrechnen lassen) verlangen kann.

Anders werden hier wieder diejenigen Schriftsteller entscheiden, die abweichend von der hier vertretenen Ansicht bei jedem Verkauf e. fr. S. ursprüngliches Unvermögen annehmen. Für sie ist dadurch, daß der Gläubiger sich die Sache selbst verschafft, dem Schuldner nur die Beseitigung der schon bestehenden Unmöglichkeit unmöglich geworden.

Ausdrücklich ausgesprochen ist diese Konsequenz mit dieser Begründung von Enneccerus.[2]) Die Härte wird sich fühlbar machen sobald der Verkäufer die Sache vom Eigentümer besonders billig bekommen hätte, z. B. weil er in ständiger Geschäftsverbindung mit ihm stand, oder aus Affektsgründen.

2. Wie schon betont, ist § 324 nur dann anwendbar, wenn der Gläubiger durch den direkten Ankauf schuldhaft gegen den Verkäufer handelte, also nicht wenn ihn berechtigtes Interesse zu seinem Schritte zwang.

Dieser Fall wird besonders in Frage kommen, wenn der Schuldner schon im Verzuge ist. Schon Friedrich Mommsen[3]) weist aber darauf hin, daß der Gläubiger wirklich, um nicht Schaden zu haben,

---

[1]) Bedeutend enger Planck § 324 Anm. 1a. Er läßt nur die Fälle unerlaubter Handlungen und die Verletzung solcher Verpflichtungen gelten, die dem Gläubiger „nach den für das betr. Schuldverhältnis geltenden besonderen Bestimmungen" zustehen. Ähnlich Schollmeyer § 321 Anm. 1.

[2]) S. 540 § 220,1.

[3]) I S. 259; ebenso Hellmann, Arch.ziv.Pr. Bd. 90 S. 433; Kisch S. 77, 78.

„genötigt" sein mußte, „die Sache auf anderm Wege und unter ungünstigeren Bedingungen sich zu verschaffen". Sonst bleibt es bei der Regel des § 324. Denn wenn auch der Schuldner im Verzuge selbst Zufall zu vertreten hat (§ 287, so daß die Fälle des § 323 in die des § 325 übergehen), so darf ihm doch der Gläubiger die Erfüllung nicht vereiteln: Ist doch die Erfüllungspflicht des Schuldners im Verzuge durch die Vorschriften des § 326 zugleich als ein Erfüllungsrecht anerkannt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.